Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00262-01
Demandante: Sonia Patricia Paredes Mesa
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la demandada Porvenir SA, frente a la Sentencia N° 05 de 27 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL,** adelantado por **SONIA PATRICIA PAREDES MESA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-,** al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-001-2019-00262-01**.

Previa deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA,** se dicta por parte de la Sala, la providencia cuyo texto se inserta a continuación:

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda.

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda cuya copia obra a folios 11 a 30 del cuaderno principal del expediente digital – anexo 1, a partir de la cual la parte demandante

pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del traslado y la vinculación de la demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir SA; **ii)** declarar que la demandante tiene derecho al regreso automático al RPM, administrado actualmente por Colpensiones; **iii)** declarar que Porvenir SA debe asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante y que dicho valor debe ser traslado a Colpensiones; **iv)** declarar que Porvenir SA debe trasladar al RPM todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradoras, con sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, con los rendimientos que se hubieren causado, y de la misma forma, ordenar a Colpensiones que reciba lo que se ordena trasladar a Porvenir SA; **v)** condenar a las entidades a reconocer en favor de la demandante, lo que resulte probado en el proceso, de conformidad con las facultades de ultra y extra petita y; **vi)** condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-** dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra a folios 40 a 45 del expediente digital – anexo 1, aceptando algunos hechos y manifestando no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *"inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error en la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma", "inexistencia de la obligación"* y *"prescripción".*

1.2.2. A su turno, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA** contestó la demanda, a través del memorial obrante a folios 3 a 26 del cuaderno principal - expediente digital – Anexo 2, negando la mayor parte de los hechos y oponiéndose a las pretensiones. En su defensa, formuló las excepciones de fondo de: *"prescripción", "falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas", "buena fe", "inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la*

obligación", "prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo", "innominada o genérica", "inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones" y *"debida asesoría del fondo",*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 27 de enero de 2021 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: ***(i)*** declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, que tuvo ocurrencia el 22 de enero de 1996, ordenando a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales (en caso de contar con ellos), sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, éstos últimos debidamente indexados. ***(ii)*** Ordenar a Porvenir SA, normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de los aportes efectuados a Colpensiones, quien debe aceptar la referida afiliación y recibir todos los valores trasladados por Porvenir SA. ***(iii)*** Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Porvenir SA y Colpensiones. ***(iv)*** Condenar en costas a la AFP demandada.

Con fundamento en sentencias de la SCL de la CSJ, especialmente la sentencia SL 4360 de 2019, el juez de primer grado empezó por aclarar que asuntos como el presente deben ser resueltos aplicando la teoría de la ineficacia y no de la nulidad, en tanto no se debe analizar la existencia de vicios en el consentimiento al momento de efectuarse el traslado, sino la eficacia del acto a partir del suministro de la información debida, pues de conformidad con lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado es el castigo que se aplica a la violación de derecho del trabajador a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional al cual desea afiliarse.

Teniendo como soporte lo expuesto por la SCL de la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, precisó que el deber de información a cargos de las AFP existe desde su creación con la Ley 100 de 1993 y que con el paso del tiempo se ha venido incrementando, siendo factible identificar tres etapas, la primera denominada deber de información, consagrada en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, una segunda etapa, deber de información, asesoría y buen consejo, prevista en el literal 15 del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y una tercera etapa, de deber de información, buen consejo y doble asesoría, que nace con la Ley 1748 de 2014, el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016, siendo factible ubicar el caso de la demandante en la primera etapa, como quiera que el acto de traslado al RAIS se verificó en el año 1996, en la que se exigía el suministro de información necesaria, verás y transparente, es decir, conforme el dicho de la Corte, información sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, que permitieran al interesado conocer a plenitud sobre las ventajas y desventajas de su decisión.

Reiteró, aplicando lo dicho por la jurisprudencia especializada, que el simple consentimiento vertido sobre el formulario de afiliación es insuficiente para dar por acreditado el cumplimiento de la obligación de suministrar la información debida y qué, en asuntos como el presente, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, cuando en la misma demanda se parte de afirmar que no se recibió la información debida al momento de la afiliación.

En cuanto al tema de la prescripción señaló que dicha figura es inaplicable en temas relacionados con la ineficacia del acto de traslado y que la oportunidad de la información debe ser analizada al momento en que se realizó el mencionado acto jurídico, que para el presente caso se remonta al 22 de enero de 1996, cuando la demandante realizó el traslado al RAIS, según da cuenta el certificado aportado por Porvenir con la contestación de la demanda, sin que se le haya suministrado la información debida, como quiera que sobre tal aspecto anda se acreditó por la AFP demandada.

Frente a lo previsto en el artículo 5° del Decreto 2241 de 2010, que consagra que el silencio del afiliado ratifica la decisión del traslado, indicó que su aplicación no es retroactiva, pues su expedición se dio mucho después de que la demandante se vinculara al RAIS, por lo que consideró que era procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar a Porvenir SA trasladar a Colpensiones, todo lo que hubieren recibido por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, estos últimos indexados.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de Porvenir SA formuló recurso de apelación.

3.1. Del recurso de apelación formulado por la AFP Porvenir S.A.:

La apoderada de la AFP Porvenir SA formuló recurso de apelación, concretamente frente a la orden de devolver lo concerniente a gastos de administración y seguro previsional. Indicó que dando aplicación a lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la AFP descontó de las cotizaciones realizadas por la demandante, el 3%, con el objeto de sufragar lo correspondiente a cuotas de administración y pagar los gastos de seguro previsional. Refirió que, durante el tiempo de vinculación de la demandante, la AFP ha asumido con la mayor diligencia y cuidado la administración de las cotizaciones, tratando que los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual obtengan rendimientos, atendiendo lo establecido en el capítulo 1° de la Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia financiera. Así como también, ha contratado seguros previsionales, a fin de amparar las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte.

Manifestó que Porvenir SA ha estado asumiendo todas las obligaciones en el marco legal que es de su competencia y en virtud de la afiliación voluntaria realizada por la demandante, la cual se verificó con la suscripción del formulario de afiliación, que dentro del Sistema General de

Pensiones dio paso a un contrato que generó obligaciones recíprocas para las partes, que impide que la AFP deba asumir con su propio patrimonio, la devolución de los dineros que fueron usados para sufragar los gastos de administración y el seguro previsional, pues se estaría causando un enriquecimiento injustificado para la afiliada, en detrimento de los intereses de la entidad.

Solicitó la revocatoria de la decisión en cuanto a los citados rubros, ordenando en su lugar que el traslado se realice dando aplicación a las previsiones del artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, esto es, trasladando únicamente los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos, así como también, lo señalado por la Superintendencia de Colombia en concepto de 15 de enero de 2020.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. Dentro de las partes concedidas, tanto la parte demandante como demandada Colpensiones, presentaron oportunamente escritos de alegatos, no sucediendo lo mismo con los presentados por la recurrente Porvenir SA, que lo fueron de manera extemporánea.

4.1. La **parte demandante**, solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, solicitando tener en cuenta que para la fecha en que la demandante aceptó firmar el formulario de afiliación, la AFP demandada incumplió con la obligación de suministrarle datos transparentes e información cierta, suficiente, oportuna sobre los efectos del traslado, que le permitiera adoptar una decisión de manera consiente, en procura de sus

intereses. De la misma manera, solicitó la aplicación de la jurisprudencia que sobre la materia ha dictado la CSJ.

4.2. La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos**,** reiteró lo argumentado al sustentar la alzada, señalando que el fundamento de la decisión se hizo consistir en que la AFP no brindó la debida asesoría a la demandante, pero desconociendo que para el momento en que se efectuó el traslado, no le era exigible a los fondos documentar las asesorías de sus afiliados por fuera del formulario de afiliación y que en virtud de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia, en tanto la demandante no hace parte de la excepción prevista en la sentencia C- 789 de 2002.

Refirió que el hecho de que las AFP no presenten dentro del proceso soportes documentales relacionados con las asesorías brindados a sus afiliados, en modo alguno relevan al operador jurídico para revisar y analizar otras particularidades del caso concreto, en el que se tiene que la parte actora pretendió edificar una presunta desinformación que nunca existió.

Señaló que la tesis de la Corte Suprema de Justicia ha tornado ilimitada en el tiempo la posibilidad de retornar al régimen que a última hora resulte mejor a los intereses de los afiliados, transgrediendo además el principio constitucional de sostenibilidad financiera imponiendo a Colpensiones la carga económica de aceptar como afiliados, a personas que están ad portas de adquirir el derecho prestacional, sin tener en cuenta que si eventualmente existió una falta de asesoría u omisión en la información al momento del traslado, es a la AFP la que debe asumir patrimonialmente las consecuencias de tal omisión, siendo Colpensiones un tercero de buena fe que no participó en el traslado que en su momento efectuó el actor, tal y como lo viene sosteniendo el Tribunal de Pereira, al señalar que en casos como el presente lo que procede es la acción prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 2004.

Finalmente, en caso de confirmación de la declaratoria de ineficacia, solicitó se confirmen también los valores señalados por el *A quo,*

especialmente los correspondientes a cuotas de administración debidamente indexadas y sumas adicionales de la aseguradora, sin que respecto de estas últimas sea dable afirmar que las mismas no han sido incluidas en la parte resolutiva de las sentencias proferidas por la CSJ, o que dentro del proceso no se demostró que Porvenir hubiese recibido valores por esos conceptos, en tanto la CSJ en ninguna de sus sentencias ha condicionado la procedencia de tal reintegro, a que la AFP las hubiere recibido.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada –Porvenir SA-, en contra de la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible de ser revisada, en razón del grado jurisdiccional de consulta, al tratarse de una providencia que en primera instancia trajo consecuencias a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-; de quien es garante la Nación, como quiera que le impuso como carga, el reintegrar a la demandante como afiliada del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito la alzada y el grado jurisdiccional de consulta ya mencionados.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por Porvenir SA, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

5.2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS?.

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta, **¿fue acertado ordenar a Porvenir SA, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de las cotizaciones, también trasladaran a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración?.**

5.2.3. Fue acertado ordenar a las AFP Porvenir SA, la devolución a Colpensiones del rubro denominado *"sumas adicionales de la aseguradora"*.

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de primer grado, dado que por parte de la AFP demandada no se acreditó que previo a la materialización del traslado de régimen pensional, a la demandante se le suministró información completa y suficiente sobre los pro y los contra que el referido acto podría causar frente a su derecho pensional, configurando dicha causa ineficacia del traslado a la luz de lo contemplado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la obligación de brindar información clara, completa y verás, tiene existencia desde antes de la entrada en vigencia de la citada ley, tal y como lo permite corroborar una revisión a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993 e incluso el mismo Código Civil. Siendo importante resaltar que por tratarse la declaratoria de ineficacia de un acto de gran trascendencia respecto del derecho pensional, no admite la aplicación de la figura de la prescripción.

De la misma manera, se confirmará la decisión de primer grado en cuanto a la orden de trasladar a Colpensiones, entre otras cosas, el rubro denominado *"gastos de administración"*, como quiera que hacen parte de las restituciones mutuas que por ley deben realizarse; precisando que en el

presente asunto, no era viable reconocer la devolución de valores por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, ante la no acreditación de su configuración, siendo por ello necesario revocar en cuanto a este ítem, lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia objeto de revisión.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

- **Del primer problema jurídico**:

En la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, deberá obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al cual se llega incluso por remisión contenida en la parte final del literal b) del artículo 13 de la misma norma, ha previsto que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para dar paso a que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del

acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

Es importante recordar que la figura jurídica de la ineficacia en términos generales, tal y como lo dijo la CSJ SL en providencia SL 4360 de 2019, *"hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos"*, encontrándose en sus distintas modalidades: la ineficacia por inexistencia, la ineficacia por nulidad y la ineficacia por inoponibilidad, entre otras.

Para lo que aquí interesa, la ineficacia por inexistencia se presenta cuando faltan los presupuestos previstos en la ley para ello, los cuales deben concurrir al momento de la celebración del acto y sin los cuales, el legislador ha previsto que habrá inexistencia del negocio. Esos requisitos, pueden ser puramente formales, relativos al contenido o a los sujetos.

Por lo tanto, si el querer de la ley es que la validez de la afiliación se supedite al correcto diligenciamiento del formulario de inscripción, que incluye la firma del afiliado, así como también a que la selección del régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del acto de traslado (dadas las condiciones particulares del interesado), no queda duda de que la consecuencia ante el incumplimiento de estos requisitos, sea otra que la declaratoria de ineficacia del acto por inexistencia.

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que

se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos normativos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993[1], Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un parágrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

Así las cosas, es claro que el deber de brindar la debida información a los posibles afiliados, no constituye una obligación para las AFP que resulte ser reciente o novedosa, o que pueda entenderse como superada con la sola suscripción del formato de afiliación y/o traslado, aunque éste contenga una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación, que se materializa con la firma del formulario, se acredite que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario, no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447 – 2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

A partir de estas providencias, quedaron establecidos como deberes a cargo de las AFP desde la entrada en vigencia del RAIS y son lineamientos

[1] El citado artículo indica que las administradoras del RAIS tendrán la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas, y éstos, el deber de manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entienden las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan al fondo.

jurisprudenciales que orientan este tipo de decisiones sobre afiliaciones o traslado de régimen los siguientes:

"1. Las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, tienen una responsabilidad profesional con sus afiliados, y entre sus múltiples deberes está el de información.

2. El deber de información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

3. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

4. La información, en asuntos como la elección del régimen pensional debe centrarse en proporcionar ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Es decir, debe estar dotada de transparencia máxima.

5. Aunque la solicitud de vinculación inicial se encuentre firmada por el afiliado, y allí se indique que la ***selección*** *se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si la* ***decisión*** *del afiliado se adoptó sin el pleno conocimiento de lo que ello entraña, no podría predicarse que la selección tiene tales características.*

6. La libertad y voluntariedad en el traslado implica que la decisión fue adoptada teniendo en cuenta los alcances positivos y negativos en su adopción.

7. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

8. Como reglas básicas para estimar si el traslado cumplió los requisitos de transparencia están: el conocimiento de los beneficios que dispense cada

régimen, la proyección del monto de la pensión que se percibiría en cada caso de uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión".[2]

De la misma manera, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya tuvo la oportunidad de pronunciarse indicando que dicha figura no resulta aplicable, a las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o para que se reconozca un estado jurídico, es decir, dada la naturaleza declarativa de las pretensiones y el nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como es el de obtener la pensión de vejez y/o jubilación. Al respecto, pueden revisarse las providencias CSJ AL 1663-2018, CSJ AL 3807-2018 y SL- 1421 -2019 (radicado 56174).

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (expediente digital), entre los cuales se encuentran: copia de simulación pensional realizada por Porvenir SA (fls.3 a 6- anexo 1) y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 29- anexo 2), se tiene que la demandante desde hace varios años viene efectuando cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente manera: al **Régimen de Prima Media con Prestación Definida:** del mes de marzo de 1988 a diciembre de 1995, a través del extinto ISS, hoy Colpensiones y en el **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-,** desde el 1° de febrero de 1996, fecha en la que se hizo efectivo el traslado de régimen pensional que la demandante realizara a la AFP Porvenir SA, a través de formulario de afiliación suscrito el 22 de enero del mismo año. AFP en la que permaneció hasta el 6 de agosto de 1998, en tanto que a partir de esa fecha se trasladó a Horizonte SA, retornando nuevamente a Porvenir SA el 1° de enero de 2014, por efectos de la cesión por fusión que se dio entre las referidas AFPs.

[2] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, sentencia de 09 de junio de 2016, proceso radicado 76001-3105-012-2014-00744-01. M. P. Leomara del Carmen Gallo Mendoza.

En la demanda, se afirma que los promotores de la AFP incumplieron con el deber de suministrar a la demandante de manera previa a la materialización del acto de traslado de régimen, información adecuada, suficiente y cierta; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir SA, quien comparece al proceso no solo como la entidad a la que la actualidad se encuentra vinculada la demandante, sino también con la que se materializó el traslado de régimen pensional, sin aportar ningún elemento de prueba que permitiera llevar a la convicción de que si cumplió con el deber de asesoría que le era debida.

Es decir, por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindó la asesoría debida a la demandante, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de la administradoras de fondos de pensiones, constituye un deber y no una simple liberalidad, el suministro de información o asesoramiento integral sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria, pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado acepte cambiar las condiciones que ya traía, por unas que hagan más dificultosa la consolidación del derecho, o en su defecto, generen la reducción o mengua del mismo.

Si bien la Sala no puede desconocer que en el proceso no obra el formulario a través del cual se materializó el traslado de régimen pensional, considera que tal ausencia no impide la declaratoria de ineficacia que persigue la parte actora, pues si se revisa la contestación de la demanda, se puede advertir que se trata de un aspecto no puesto en duda o negado por la AFP demandada.

Luego entonces, es la inexactitud de la información y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se puede materializar en el caso específico de la pretendida afiliada, el hecho que genera la ineficacia del acto de traslado, pues el Fondo de Pensiones no ejerció ninguna labor

probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó información suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría a la demandante para efectos de su vinculación, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de la AFP demandada, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a la administradora del fondo de pensiones, que para desvirtuarla, debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidad si se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses. No se trató aquí, como pretende hacerlo ver la apoderada de Colpensiones, de que el juez invirtió la carga de la prueba, imponiéndole solo obligaciones probatorias a la AFP demandada, sino que dicha entidad no logró desacreditar que no incurrió en las omisiones o deficiencias que le fueron atribuidas.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, y por el contrario, el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplía y oportuna, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuara la demandante, imponiéndoles a la AFP demandada afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994,

que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1[3]. y 2.2.7.4.3[4] del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFPs, estaban en el deber de suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplía y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

Ahora, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado ha de decirse, en aplicación a la línea jurisprudencial que actualmente impera, que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables *-bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, el derecho se torna imprescriptible.

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a los citados aspectos la providencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y del recurso de apelación formulado por Colpensiones.

- **Del segundo problema jurídico planteado**:

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la AFP demandada, que además de los valores que percibió por

[3] **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.
Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

[4] **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

concepto de *"cotizaciones"*, devolviera también el rubro denominado ***"gastos de administración",*** la respuesta es afirmativa.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[5], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

De la misma manera, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal, se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de

[5] CSJ SL-1688 de 2019.

generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[6].

Sobre la devolución de los gastos de administración y comisiones, en providencia SL 3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

> *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964 – 2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)".*

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP demandada, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, sin que hubiere lugar a aplicar para las restituciones entre regímenes lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, pues se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como inexistente el acto de traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada al RPM y porque las previsiones del citado decreto, se estipularon para restituciones entre regímenes a causa de multiafiliación, que no es el caso que aquí se presenta.

- **Del tercer problema jurídico planteado**:

Frente a este interrogante, relativo a determinar si era viable disponer que la AFP trasladara a Colpensiones valores por concepto de ***"sumas***

[6] Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

adicionales de la aseguradora", la respuesta habrá de ser negativa y por esa razón, sobre este ítem se habrá de revocar la decisión de primer grado.

En tal sentido, es preciso recordar que en virtud de lo consagrado en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora"* no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, pues si se revisan los artículos 70 y 77 de la citada ley, lo que se logra avizorar es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente de determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, queda evidenciado que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, lo correspondiente al rubro de *"sumas adicionales de la aseguradora"*, pues como ya se vio, en este caso no tendrían aplicación, por lo que sobre este aspecto, fue desacertada la decisión de primer grado, cuando decidió incluir dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

Es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias[7], citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en la parte considerativa de esta providencia, más no resolutiva, que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de

[7] CSJ SL 2817 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018.

la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que las AFP demandadas recibieron respecto de la demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado, por lo que este rubro será objeto de revocatoria.

Y de la misma manera es importante señalar, a efectos de dar respuesta a una de las situaciones planteadas por la apoderada de Colpensiones en los alegatos de conclusión, que no es dable confundir el rubro denominado *"sumas adicionales de la aseguradora"*, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP con aseguradoras, para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues como quedó visto al resolver el presente problema jurídico, las sumas adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de revocar parcialmente el ordinal 1° de la parte resolutiva de la sentencia objeto de revisión, en lo relacionado con la devolución del rubro denominado *"sumas adicionales de la aseguradora"* y confirmándola en lo demás y como quiera que salió avante en forma parcial el recurso de apelación formulado por Porvenir SA, la Sala se abstendrá de imponer condenar en costas respecto de la segunda instancia.

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 1º de la parte resolutiva de la de la Sentencia No. 05 proferida por el Juzgado Primero

Laboral del Circuito de Popayán, el 27 de enero de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **SONIA PATRICIA PAREDES MESA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-,** respecto de la condena impuesta a Porvenir SA, de trasladar a Colpensiones sumas por concepto de *"sumas adicionales de la aseguradora"*. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: Sin condena en **COSTAS** respecto de la segunda instancia, al salir avante de manera parcial el recurso de apelación formulado por la apoderada de Porvenir SA.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, con inserción de la copia de la providencia en el mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Firma digitalizada válida para actos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca